

ドイツ連邦共和国基本法における 国際法親和性原則（1）

山 田 哲 史

はじめに

1. 国際法親和性原則の内容

1.1. 総 説

1.2. 沿 革

1.3. 概念整理：「開かれた国家」性と国際法親和性の異同

1.4. 国際法親和性原則の根拠（以上，本号）

1.5. 国際法親和性原則の具体的内容

2. 独米比較

3. わが国における展開可能性

おわりに

はじめに

筆者は、前稿で国際法適合的解釈について、米国における議論を参照軸として若干の検討を加えた。そこでは、国際協調主義を規定しているといわれる日本国憲法98条2項の意義を再検討することの必要性を指摘したところである⁽¹⁾。そして、その再検討にあたっては、日本国憲法の制定過程を振り返りそこに込められた意味を問い直すことが必要であると同時に、比較法の手法として、他国の憲法における、国家としての国際関係や国際法へのコミットメントのあり方に関する規定・原則の参照と比較が有意義であると思われる。

この点、アメリカにおける国際法規範の自動執行性の検討の一環としてであるが、アメリカ合衆国憲法6条2項のいわゆる最高法規条項において、条

(1) 拙稿「国内法の国際法適合的解釈と権力分立」本誌65巻3・4号（2016年）924頁。

約が国の最高法規の一つとされていることの意義について検討を加えた⁽²⁾。そこでは、国際条約、ひいては国際法一般が州法に優先する連邦法としての国内効力をえること、それを通じて合衆国憲法制定の目的の一つであった、統一的外交の確保を図っていることを指摘した。加えて、それを超えて、国際法が国内において、自動執行性を有することまでは要求するものではないことを明らかにした。そして、わが国における自動執行性の議論に示唆を与えるのであれば、統一的外交を求めて、フェデラリストとアンチフェデラリストとの対立と妥協の中で誕生した合衆国憲法よりも、同じく第二次世界大戦の敗戦国として、国際法違背への反省を大きな制定の契機としているドイツ連邦共和国基本法（以下、原則として単に基本法とよぶ）における国際法への基本的態度の有り様を参照した方が有意義ではないかという示唆を行った⁽³⁾。

また、前稿では、国際法適合的解釈をめぐるわが国の議論について整理する過程において、齊藤正彰による、基本法の国際法親和性（Völkerrechtsfreundlichkeit⁽⁴⁾）原則を参照した議論⁽⁵⁾にも言及した⁽⁶⁾。議論の先取りには

(2) 拙稿「憲法問題としての国際的規範の『自動執行性』」帝京法学29巻1号（2014年）396頁以下。

(3) 同上・454-455頁。

(4) 筆者は、Völkerrechtsfreundlichkeit に、これまで国際法友好性(同上・455頁)と国際法調和性(拙稿・前掲註(1)427頁)という訳語を当ててきた。前者は直訳調に用いたものであり、後者は、齊藤正彰の訳語(齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社, 2002年)350頁註(86)を参照)を借用したものである。本稿では、Völkerrechtsfreundlichkeit を主題として扱う以上、改めて訳語について検討を行い、以下の次第で国際法親和性の訳語を採用した。まず、上記の他、従来用いられた「国際法上の協調」や「国際法協調性」という語に、齊藤のいうように国際法側に協調の動きがあるかのような語感が強く現れるという点には首肯することができる。また、齊藤の挙げる理由とは若干異なるが、国際法友好性という直訳調の語が、調整作業を含む Völkerrechtsfreundlichkeit のニュアンスを十分に捉えきれず、単に「仲の良い」状態をさすような印象を受ける。さらに、齊藤の採用する「調和」という語は、「すでにまとまった状態」を指す印象が強いこと(例えば、新村出編『広辞苑(第6版)』(岩波書店, 2008年)1838頁は、「うまくよくつり合い、全体がととのっていること」と定義することからすると、国際法がバランスのとれた状況にあることを指しているような印象を受ける。そこで、(国内法の)国際法への親近性と、国際法への接近という動きを伴う意味内容を表しうる語(微妙なところだが、「親しみ結びつくこと」という広辞苑の定義(同上・1470頁)は、状態というよりは動作を伴うニュアンスが出ているように思われる)として、「親和性」が妥当と判断したためである。

(5) 齊藤・同上339頁以下、同「第6章 国際人権条約と憲法学のスタンス」同『憲法と国

なるが、この国際法親和性原則とは、基本法における、ドイツ連邦共和国としての国際関係や国際法へのコミットのあり方に関する書かれざる憲法原則とされるものであり、国際法適合的解釈⁽⁷⁾の要請もこの原則の位置内容として導かれると解されている⁽⁸⁾。

以上の諸点を踏まえると、ここでドイツにおける国際法親和性原則について、その内容や根拠などを正確に理解することによって、日本国憲法98条2項の解釈論の発展につなげることができるといえよう。また、グローバル化時代における国内裁判所の位置付けを探る筆者の一連の研究の一環として、ドイツにおける国際法適合的解釈の有り様を探ることが有意義であるし、その予告もしてきたところであるが、その基盤を提供するものとして、国際法親和性原則について検討することは、有意義なことである。

このような次第で、本稿では、ドイツにおける国際法親和性原則について紹介・検討する作業を行うことにしたい。

1. 国際法親和性原則の内容

1.1. 総説

基本法が国際法親和的な性質を持つということについては、現在では、判例⁽⁹⁾においても学説においても争いが無いところであると言われる。その一方で、本格的に理論的な検討がなされてきたかという点、この問いかけには、

際規律』(信山社、2012年)115頁以下。

(6) 拙稿・前掲註(1)896-897頁

(7) のちに述べるように、ドイツにおいては、国際法親和的解釈(Völkerrechtsfreundliche Auslegung)の後の方が広く用いられており、また、近時は、国際法親和的解釈と国際法適合的解釈(Völkerrechtskonforme Auslegung)と分離する見解が有力になっているが、ここではさしあたり、日本での用語法に従って、広い意味での国際法親和的解釈に対応させる形で国際法適合的解釈という語を用いている。

(8) 後掲 1.4.2. 参照。

(9) 2006年のウィーン領事関係条約に関する連邦憲法裁判所第二法廷第一部会決定において、「基本法の国際法親和性原則(der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetz)」という用語が明確に登場し、憲法上の原則の一つとして承認された。BVerfG, 2 BvR 2115/01 vom 19. 9. 2006, NJW 2007, S.500 Rn.43.

2009年の段階でドイツにおいても否定的な回答がなされている⁽¹⁰⁾。それでも、その後、2013年には、博士論文（Dissertation）を基にした、国際法親和性・欧州法親和性を題材とするモノグラフィーが上梓されている⁽¹¹⁾。さらに、基本法のもとにおける「開かれた立憲国家」を題材とするシンポジウムが2009年に開催され、翌年にはその書籍化が行われた⁽¹²⁾。このような状況は、一方で国際法親和性原則が当たり前のものとして受容されていることを象徴するとともに、その内容の理論的分析はなおフロンティアとして残されており、本国でもその開拓が動きつつあることを意味している。そこで本稿では、ドイツにおける近時の理論的検討の追試を出発点として、国際法親和性原則についてその内容を明らかにしていくことにする。

なお、先に、「開かれた立憲国家」という概念について、国際法親和性との関連性について断りもなく言及したが、ドイツ連邦共和国の「開かれた国家」性（*offene Staatlichkeit*）というのは、異論もあるものの、基本法の国際法親和性とはほぼ同義のものとして用いられてきたものである⁽¹³⁾。「開かれた国家」性という概念の方が時代的には先行しているところであり、また、開かれた国家にせよ、国際法親和性にせよ時代状況によってその意義や主眼とするところに変遷があるようである。本稿では、開かれた国家と国際法親和性の異同の問題も含めて、国際法親和原則概念の沿革から、まずは紹介・検討していくことにしよう。

(10) *M. Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR n.F. Bd. 57, 2009, S.465.

(11) *D. Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013.

(12) *T. Giegerich* (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010.

(13) Siehe z.B. *Knop*, Anm(11), S.3. Aber vgl. *C. Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: *J. Isensee u. P. Kirchhof* (Hrsg.), HStR Bd. XI, 3. Aufl., 2013, § 226 Rn.9.

1.2. 沿革

1.2.1. 基本法制定時における「開かれた国家」性

「開かれた国家」性というのは、第二次大戦後の基本法の起草過程において、社会民主党(SPD)の有力政治家 Carlo Schmid を主たる擁護者として提示された⁽¹⁴⁾、新たな概念であるとされる。この「開かれた国家」性とは、従来の国民国家の閉じられた性格に対する対抗概念として登場し、その背景には、二つの大戦を通じた国際的孤立に対する反省が大きいと言われるのが一般である⁽¹⁵⁾。しかし、それだけではない、政治的な積極的意義も込められているのだという指摘がある。すなわち、従来の「閉じられた国家」にとって不可欠な主権を占領国によって奪われ、あまつさえ、分断状態に置かれたドイツにとって、「閉じられた国家」にしがみつくことはもう望みようがない。そのような状況下で新たに誕生しつつあるドイツ連邦共和国が活路を見出せるのは、主権の相対化を伴う、欧州統合へのコミットなのであり、また他方で、無力なドイツ人民は国際法に訴えることによって、占領からの解放を求めることが可能となるのであった⁽¹⁶⁾。

ただし、このように「開かれた国家」性の新規性ばかりを強調すること、実践的・政治的な意義のみを指摘することは必ずしも妥当ではないとも指摘されていることに留意しておかなければならない。つまり、ヴァイマル憲法以前からの「源流」を見落としてはならないという指摘と、人間の尊厳という基本的価値へのコミットとの連続性という、「開かれた国家」性の持つ、規範的意味合いを忘れてはいけないという指摘の二つが存在しているのである⁽¹⁷⁾。こ

(14) T. Rensmann, Die Genese des „offenen Verfassungsstaats“ 1948/49, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S.42. Siehe auch C. Schmid, 2. Sitzung des Plenums (8. 9. 1948), *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996 S.40f..

(15) Siehe z.B. Tomuschat, Anm(13), Rn.3.

(16) Rensmann, Anm(14), S.40.

(17) ここで紹介する Rensmann による指摘 (Rensmann, ebd., S.44ff. u. 55ff.) は、主に、のちに紹介する Vogel による「開かれた国家」性の定式化に対する批判として提示されている。

の二つの指摘について、順に簡潔に触れておくことにしよう。

順番は前後するが、その内容がより簡潔な後者の指摘から触れておくことにしたい。人間の尊厳が基本法における基本的な価値として承認されたことは周知の通りであるが、1949年の基本法制定に先立ち、1945年に発足した国際連合も、その設立条約である国際連合憲章の前文において人間の尊厳及び価値へのコミットを表明しており、人間の尊厳が国際法秩序の中枢に置かれたことを意味している。基本法制定者はこのような国際社会の動向も認識しながら、基本法1条を制定したのであり、「開かれた国家」性による、国際法への「帰依」は、人間の尊厳への「帰依」とも軌を一つにするものだと理解できるというのである。このことは、国際法親和性原則の問題がドイツにおいてかなりの程度、欧州人権規約との関係で論じられていることへの示唆を得られなくもない。

次に、ヴァイマル憲法以前⁽¹⁸⁾からの「源流」の指摘についてであるが、これは、「一般に承認された国際法規は、ドイツの国法の拘束力ある構成部分として通用する。」と規定するヴァイマル憲法4条の背景に、ヴァイマル憲法の父Hugo Preußによる、アメリカ合衆国憲法6条2項を踏まえた、「開かれた国家」性の導入を見るのである⁽¹⁹⁾。もっとも、Rensmannによれば、これは一般国際法をドイツ国法に取り込む意図を持って規定されたものであったの

(18) 1848年のパウル教会憲法から、アメリカ合衆国憲法からの示唆をうけて、対外関係に関する75条乃至78条の4箇条の条文が用意されていることを指摘し、ここに基本法の開かれた立憲国家の源流を見いだすものとして、V. Röben, Die Genese des „offenen Verfassungsstaats“—— Rückblick auf 1919 und 1871 ——, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S.61f. がある。

(19) Rensmann, Anm(14), S.44f. 確かにH. Preuß, Reich und Länder, 1928, S.82で、Preußは、合衆国憲法6条にヴァイマル憲法4条（の原案）を擬える制憲議会における自らの言及を引用している。

ただし、Röbenは、19世紀にはすでに国際機関は誕生していたにもかかわらず、ヴァイマル憲法は、国際機関への権限移譲についての規律を欠いており、結局のところ「開かれた」憲法状況であったとは言いがたい面を指摘する。Röben, ebd., S.63f. Knop, Anm(11), S.18も国際機関への権限移譲の条項がヴァイマル憲法には欠けていることを指摘しつつ、ヴァイマル憲法や1871年のドイツ帝国憲法にも国際的協働を視野に入れた規定が存在したことを指摘している。

であるが、ヴァイマル憲法下において有力であった Triepel 的な二元論に従って、連邦レベルでの個別の承認を経た国際法規範のみが国内法への変型を認められるという意味に解釈された⁽²⁰⁾。さらに、基本法の起草過程において、Carlo Schmid も、基本法25条（となる条文）や「開かれた国家」性が伝統からの離脱を表すものであることを強調したのである⁽²¹⁾。それでも、Carlo Schmid が展開した、「開かれた国家」性の内容は、ヴァイマル憲法の原義に立ち戻るものであったという⁽²²⁾。Carlo Schmid による「開かれた国家」性導入の試み、あるいはヴァイマル憲法の原義への立ち返りの試みは、後に基本法のコンメンタールの編者としても名を知られることになる国法学者であり、キリスト教民主同盟 (CDU) の政治家でもあった Hermann von Mangoldt による強い反発を当初受けることになった。Von Mangoldt は、国際法を「異物 (Fremdkörper)」と捉えて、その制限なき国法秩序への導入は法治国原理に反するものであると主張したのである⁽²³⁾。これに対し、Carlo Schmid は、国際法の一般的諸原則 (die allgemeinen Regeln des Völkerrechts)⁽²⁴⁾ とは、文明国に共通の基準であり、とりわけ人権の保障をその内容とするとし

(20) Rensmann, ebd., S.45f. Preuß の「原義」については、Preuß, ebd., S.83も参照。Carlo Schmid の、本文で指摘した内容に適合的なヴァイマル憲法4条の通説的解釈の認識を示すものとして、C. Schmid, 12. Sitzung des Grundsatzausschusses (15.10.1948), *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 Akten und Protokolle*, Bd. 5/I, 1993, S.317も参照。もっとも、ヴァイマル憲法4条の制定以前から、できるだけ国際法違反を回避する国内法解釈（後述する国際法適合的解釈）の手法がとられてきたことを指摘するものとして、G.A. Walz, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, 1933, S.342や H. Mosler, *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, 1957, S.56もある。また、ヴァイマル期のものであるが、国内のアヘン取締法の解釈にあたり、国際条約の規律を参照した事例として、RGSt 62, 369も参照。

(21) Rensmann, ebd., S.46; Schmid, Anm(14), S.40f; *Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, Bericht des Unterausschusses I, in: *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 Akten und Protokolle*, Bd. 2, 1981 S.206 Anm.61.

(22) Rensmann, ebd.

(23) H. v. Mangoldt, 27. Sitzung des hauptausschusses (15. 12. 1948), JöR n.F. Bd.1, 1951, S.233; Rensmann, ebd., S.47.

(24) 基本法25条に出てくる用語であるが、連邦憲法裁判所の判例（z.B. BVerfGE 23, 288 [317]）において、慣習国際法を指すものと理解が定着していることのほか、この用語の意味をめぐる問題については、さしあたり、Tomuschat, Anm(13), Rn.14-17などを参照。

て、異質性を否定するとともに、国内法秩序におけるその実践的な意義の高さや、諸外国では、立法者による「変型」なくして国内効力を認められていることを指摘した⁽²⁵⁾。このような議論を経て、議会評議会においては、国際法の一般的諸原則を国法秩序の中で憲法のレベルに位置付けるべきだという機運が高まり、von Mangoldt 自身、国際法の一般的諸原則を連邦憲法の構成要素とする草案を CDU 会派に提示し、CDU が議会評議会に提案した条文案は、憲法改正権者であっても国際法の一般的諸規則を乗り越えられないという意味を持つのだと説明されたという⁽²⁶⁾。ヴァイマル憲法の場合よろしく、基本法のこのような「原義」はのちの判例や学説によって受け入れられていないことについては、のちに紹介することになるが、Rensmann によれば、以上が基本法制定における「開かれた国家」性理解である。

ここまでの内容を振り返っておけば、二つの大戦、とりわけ第三帝国の国際法軽視と国際的孤立に対する反省が、「開かれた国家」性の大きな基盤であることは確かであった。しかし、そこには、国際社会復帰への足がかり⁽²⁷⁾と、分断国家の新たな存在意義の創出という、したたかな政治的思惑も存在していたことが確認された。それとともに、大戦への反省を強調した場合、この「開かれた国家」性には、歴史的な断絶を見出しがちであるが、ヴァイマル憲法以前からの連続性も否定できないことも知る事ができた。ただし、

⁽²⁵⁾ C. Schmid, 5. Sitzung des hauptausschusses (18. 11. 1948), JöR n.F. Bd.1, S.232; Rensmann, ebd., S.48; Tomuschat, ebd., Rn.14. Siehe auch, *Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, Anm(21), S.206 Anm.61; Schmid, Anm(20), S.317f. このような議論は、「開かれた国家」性ないし国際法親和性原則を人間の尊厳に結びつけて考える先の指摘にも親和的であるし、少なくとも、基本法制定当初において、現在の基本法25条にいう「国際法の一般的諸原則」として、主に人権規定が想定されていたことを示すものであるということができよう。

⁽²⁶⁾ H. v. Mangoldt, 48. Sitzung des hauptausschusses (9. 2. 1949), JöR n.F. Bd.1, S.232; Rensmann, ebd., S.49f.

⁽²⁷⁾ 基本法24条乃至26条に対内的な啓蒙の効果を見出すとともに、対外的な素性の証明、いわば、国際社会への入場券と表現した (siehe, Rensmann, ebd., S.43), 議会評議会における Fritz Eberhard の発言 (F. Eberhard, 12. Sitzung des Grundsatzausschusses (15. 10.1948), *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S.316) が印象的である。

実務上葬りされていたヴァイマル憲法への原義への回帰という意味では、むしろ基本法制定が転換点となったということが強調されるべきで、従来の言説もあながち間違いとは言いつけない面がある。また、基本法制定当初、開かれた国家のコミットメントの対象である国際法、とりわけ基本法25条にいう国際法の一般的諸原則の内容として、人権法が想定されていたということも、我々のこれからの検討にとって重要な意義を有する。

1.2.2. 学説による理論化——Vogel と Bleckmann

「開かれた国家」性に、初めて理論的に取り組んだのが、Klaus Vogel であった。のちに、国際税法学の第一人者とも呼ばれることになる彼は、1964年、ハンブルク大学の私講師時代の処女講義をまとめた著書⁽²⁸⁾において、基本法における「開かれた国家」性について、以下のような議論を展開している。

冒頭で、基本法24条1項を引いた Vogel は、高権の移譲という概念の新規性を説き、基本法25条をめぐってなされる学説などとも合わせてみたとき、従来の国法学ではもはや説明ができないものになっていることを指摘する⁽²⁹⁾。そして、このような基本法の規定が置かれた直接のきっかけは、政治的・文化的・経済的な孤立や20世紀前半の自国中心主義に対する応答であるという現在でも広く受け入れられている⁽³⁰⁾見解を明白なものとして示したのち、国家観の歴史的変遷に話題を移す。19世紀から「コスモポリタン」な思想が登場していたことに触れつつも、Vogel は、フィヒテ (Johann Gottlieb Fichte) が提示した「閉じられた商業国家 (Geschlossenen Handelsstaat)」概念⁽³¹⁾に注目し、これがその後の実際の国家観を基礎づけたとする。Vogel の要約では、

(28) K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

(29) Ebd., S.10.

(30) 先に引用した、Tomuschat の国法学ハンドブックの記載 (siehe, Anm(13)) は、Vogel を引用している。

(31) J. Fichte, Der geschloßne Handelsstaat, 1800 [J. フィヒテ (神山伸弘ほか訳)「閉鎖商業国家」ラインハルト・ラウトほか編『フィヒテ全集第16巻』(哲書房, 2013年) 5 頁以下 (以下、フィヒテ邦訳)].

この閉じられた商業国家というのは、国家のみがその執行府を通じて対外交易を行い、できるだけそれも制限するという構想であり、そこでは、国家は、他国との関係は希薄で、自立した存在であることが想定されている⁽³²⁾。しかし、第二次大戦以降「閉じられた商業国家」への志向は薄れ、むしろその逆に、政治的・経済的な相互交渉が強まっている⁽³³⁾。こうして、国際的な共同体が意識されるようになるといった形で、国家観そのものが変化してきたのだという⁽³⁴⁾。そして、フィヒテ的な閉じられた国家の対称をなし、国際的共同体への帰属を目標に据えた国家観こそが、「開かれた国家」構想なのである⁽³⁵⁾。

以上のような国家観の変遷の中で、ある国家は、個々の国家の存在形態についての基本的決定として、閉じられた国家へのコミットメントか、国際的な共同体に参加する開かれた国家へのコミットメントか、そのいずれかの選択を求められることになる。Vogelによれば、基本法においてこの選択を行ったのが24条であり、そこでは、開かれた国家へのコミットが表明されているのだという⁽³⁶⁾。

(32) Vogel, Anm(28), S.21. フィヒテの「閉じられた商業国家」論は、近代主権国家概念という法的な「閉じられた国家」を近代国家の理念型とするのであれば、近代国家は経済的にも「閉じられた」存在であることを必要とする（Fichte, ebd., S.2 [フィヒテ邦訳・同上7頁]）とし、自足的な国民経済の成立までの過程や「閉じられた商業国家」の理念型を思考実験的に論じるものである。ここでは、重商主義に基づく植民地進出や戦争について批判的な立場が明らかにされており、国家を閉じることによって、国際平和が導かれると説く（Fichte, ebd., S.67 [フィヒテ邦訳・同上86頁]）。なお、国際平和への志向性を「開かれた国家」や国際法親和性の重要な内容としてあげる傾向があるが、「閉じられた商業国家」論は、そういう意味では平和を志向する議論であり、平和の実現プロセスの構想は全く異なるものの、平和志向という点では「開かれた国家」構想と対立するものではないことに注意しておく必要がある。また、「開かれた国家」の仇役を演じさせられている「閉じられた商業国家」であるが、「仇」たり得るのは第二次大戦後の状況のもとでのことであり、フィヒテが論じた1800年の、とりわけ当時の「ドイツ」の状況に目を向けて評価する必要がある。「閉じられた商業国家」論については、さしあたり、神山伸弘『「閉鎖的商業国家」解説』ラインハルト・ラウトほか編『フィヒテ全集第16巻』（哲書房、2013年）499頁以下及びそこに挙げられる文献を参照。

(33) Vogel, ebd., S.15.

(34) Ebd., S.24.

(35) Ebd., S.33 u. 35.

(36) Ebd., S.35f.

Vogelによれば、同様の理は基本法25条にも当てはまる⁽³⁷⁾。基本法25条は、文言上、従来の一元論とも二元論とも親和的に解釈することができる。しかし、国際法の一般的諸原則という概念はこれまでに見られなかったものであり、しかも、それが個人に直接権利・義務を付与する可能性を示しているのは、国際法を国家間の法と捉える従来の考え方から一步離れたものであり、一元論・二元論の争いを超えた、新たな国内法・国際法の交錯がありうるとを示唆しているのだというのである⁽³⁸⁾。そして、理由は明らかにされないが、一般的諸原則は、序列において基本法と同位に位置付けられるという⁽³⁹⁾。このように考えることによって、中核的な憲法上の原則や基本法における基本的な決定は、国際法上の規範に常に優位させることができるし、他方で、国際法の一般的諸規則を通じて、下位の法規範の規定によって基本法の憲法秩序が修正される余地も残すことができるのである⁽⁴⁰⁾。

また、前者の問題とも関連するが、民主主義の観点からも問題が生じえ、混乱を招く危険もあることから、むやみに憲法改正による改変禁止事項を認めるべきでないため、「開かれた国家」性の決定を、基本法79条3項の列举事項に準じて改正禁止事項とするべきではないという⁽⁴¹⁾。加えて、Vogelは、「開かれた国家」性の決定は立法者に形成余地を広く与えるものであり、基本法は閉じられた国家への回帰は許さないものの、「開かれた国家」の具体的な実現は立法者に委ねられているとしている⁽⁴²⁾。

以上のようなVogelの議論は、結局、国家観の変遷という大きな議論に根拠を求めており、24条1項のどこをどう読み込むことによって、「開かれた国家」へのコミットメント表明なのかははっきりと示されていなかったり、国法秩序において国際法の一般的諸原則が基本法と同位になる根拠も示されな

(37) Vogelは、基本法26条の侵略戦争の禁止条項にも言及し、これも開かれた国家性を表す条文の一つに据える。Siehe, ebd., S.41f.

(38) Ebd., S.39.

(39) Ebd..

(40) Ebd., S.40f..

(41) Ebd., S.43f..

(42) Ebd., S.47f. u. 50f..

かったりと、むしろ結論の言いつばなしではないかと思われるところも多いことは確かである。

この点、根拠や規範内容についてのちにもう少し踏み込んで説明を試みたのが、Albert Bleckmann である⁽⁴³⁾。

1979年の論文において、Bleckmann は、自身が「開かれた国家」性原則あるいは、国際法親和性原則の内容として当該論文において述べるところは、実定法として現に妥当していることを主張するものではないと前置きをした上で、Vogel の示した方向性を基本的に受け入れ、その拡張を図るという⁽⁴⁴⁾。もっとも、Bleckmann も1979年論文の段階では、根拠については Vogel が示した以上のことは語らず、規範内容として示される個々のルールの基礎づけを欠いている。それを踏まえた上で、1979年論文で Bleckmann が規範内容とするところを簡潔に紹介しておくことにしよう。

Bleckmann は、まずは、基本法の「開かれた国家」性原則あるいは国際法親和性原則のもとで、19世紀においては法秩序への該当性についても、ややもすれば否定的に解されていた国際法を法秩序として認め（とりわけ基本法25条）、ドイツのそれへの拘束が規範化されているという。そこでは、現に妥当する国際法への拘束とともに、ある意味ではその一種になるが、国際紛争の司法的解決へのコミットメントを示した基本法24条3項を援用して、国際裁判の先例への拘束、加えて、国際法の発展に寄与する義務も存在するのだという⁽⁴⁵⁾。また、国際法を憲法に適合的に解釈することについては、その解釈結果は、国際法上相手方に対抗できるものではなく、国際法上正当と認められる必要があり、各国の判断余地の範囲内で認められるに過ぎないとする⁽⁴⁶⁾。

次に彼は、国際法の法秩序としての承認に加えて、国内法の国際法との一

(43) 厳密には、Bleckmann は、「開かれた国家」性ではなく、「国際法親和性」の語を使用する。ただし、両者を基本的には互換性のあるものとして扱っており（siehe, A. Bleckmann, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, S.317）、ここで言及する。

(44) Ebd., S.309f.

(45) Ebd., S.310f.

(46) Ebd., S.311f.

致を確保することも要求されていると主張する。具体的には、ドイツ法の国際法適合的解釈 (völkerrechtskonforme Auslegung)、国際法と国内法の関係に関するルールの国際法親和的解釈 (völkerrechtsfreundliche Auslegung)、解釈原則としてではない直接的な効果として、国際法の国内法への変型規範として機能する可能性を示唆した上で、①国際機関の決議や国際判決への国内効力の是認、②後の連邦法律による条約への優位の否定の二つを導く可能性、さらには、国内憲法上の原則に反している場合もそれを破棄するのではなく相手国との交渉義務を生じさせるにとどめることが挙げられている⁽⁴⁷⁾。ドイツ法の国際法適合的解釈と、国際法と国内法の関係に関するルールの国際法親和的解釈についてもう少し敷衍しておく、前者は憲法適合的解釈に準ずるものであり⁽⁴⁸⁾、明示・黙示の国際法への適合要請がなくとも、国際法の内容に矛盾しないようにすべての国内法は解釈されなければならないという⁽⁴⁹⁾。これに対して、後者は、国内法への変換であるとか、国法秩序内部における序列づけ、国内における国際法の直接適用可能性という場面において、国際法の国内における貫徹に資するような立場を採用すべきだということであり、特別の変型行為を不要と解したり、国際法を少なくとも憲法と同位に位置付けたりと、権力分立原則から否定される裁判所による法創造とならない限度で⁽⁵⁰⁾積極的に直接適用を認めるべきであるといった帰結が導かれている⁽⁵¹⁾。

さらには、その他に、国際法共同体の一般的利益の保護も、「開かれた国家」性ないし国際法親和性原則の規範内容であるとして、ここでは一般条項

(47) Ebd., S.313ff.

(48) ただし、憲法適合的解釈の根拠が憲法を頂点とする法体系の統一性を根拠にしており (siehe, K. Larenz u. C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.160; R. Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., 2015, S.59ff.), 特に、基本法を含めた全ドイツ法について、憲法適合的解釈に準ずる意味での国際法適合的解釈を求めようとするなら、国際法の憲法への優位も解く必要があろう。

(49) Bleckmann, Anm(43), S.312f.

(50) ただし、これ自体が流動的な性格を持ちうるもので、判断に多くの困難を抱えているし、国際法親和性原則などとの関係で変わりうるのではないと思われる。

(51) Bleckmann, Anm(43) S.313.

の解釈や裁量統制の場面において国際法益の保護を考慮することを示唆されているが、国際法適合的解釈との差異は必ずしも明らかではない⁽⁵²⁾。

約18年の時を隔てて、Bleckmann は1996年に改めて国際法親和性原則に関する論文を公表している。そこで、彼は、96年当時でもなお、判例や学説において国際法親和性原則の内容が明確になっていないことを指摘しつつ、ここでも、現行実定法の内容を述べるものではなく、彼が考える、あるべき内容を述べると断った上で論述を進めている。もっとも、当然と言えば当然ながら、新たに規範内容としてあげられるものは、ほとんどない。79年論文との違いとしては、基本法26条にも言及し、これは他国との協働義務も含むものであるとしてはいるが、結局その具体化は困難であるとしている⁽⁵³⁾。他に、規範内容の詳細化という意味で有意な差異としては、ドイツの国内裁判所がドイツ国外であるとか対外的な場面におけるドイツの国家機関の国際法違反の審査が可能であることの強調⁽⁵⁴⁾、基本法24条3項に関して、国際司法裁判所の強制管轄権受諾宣言において留保を付すことが禁じられているという解釈が示されていること⁽⁵⁵⁾、国際法の一般的諸原則と条約の国法体系における序列について分離して考えるべきでないことが明確に述べられ、さらには国際機関の決議や国際判例も同列に扱っていること⁽⁵⁶⁾が指摘できる。

むしろ、96年論文の重要性は、以上に述べたような内容を持つ国際法親和性原則の根拠について触れていることに見出される。つまり、国際社会における国家間関係の緊密化、国境をまたぐ交流の進展により、国際法がこれま

(52) もっとも、国際法適合的解釈の場面においては、国際法規範の条文ないし具体的な規範内容が想定されているところ、この場合は、より抽象的な国際法益の考慮に止まっているという線引きは不可能ではないであろうが、その差は相対的なものに過ぎないのでないだろうか。

(53) A. Bleckmann, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, S.144.

(54) Ebd., S.143.

(55) Ebd., S.144f.

(56) Ebd., S.141ff. もっともここで Bleckmann は、国際法を憲法レベルであると認めたとしても、憲法上の原則への違反を認める訳ではないとしていることに注意しておく必要がある。

でのように文字どおり、国家の間の問題を規律する法ではなくなり、国際法益の実現に向けて協力するためのルール、「協力の国際法⁽⁵⁷⁾」へと変貌を遂げたことを指摘しているのである。このような国際法の性質変換は、具体的実施方法の決定については各国に裁量を認めるものの、国際法を各国国内法平面において貫徹する必要性を生むのであり、ドイツにおいてその必要性を認め、義務として受け入れたのが、基本法の国際法親和性原則であるというのである⁽⁵⁸⁾。国際法の性質の変化という「大きな議論」から本当に、ここの規範内容として述べられることが論理必然に導かれるのかは、大いに疑問もあり、議論の粗さあるいは飛躍を感じないわけではない。それでも、国際法親和性原則ないし「開かれた国家」性原則にとって、従来に比べて明確な根拠を提示したと評価することができるように思われる。

1.2.3. 判例における受容と発展：再統一まで

以上のように、基本法の制定過程で生まれた、基本法における「開かれた国家」性ないし国際法親和性の原則は、学説による理論化も進んだのであるが、早い段階から連邦憲法裁判所その他の判例の採用するところともなった。出発点は、時間的に、Bleckmann はもとより、Vogel による理論化よりもさかのぼることになるが、判例における受容を簡単に振り返っておくことにしよう。

判例では当初から、「開かれた国家」性ではなく、「国際法親和性」という語が用いられたのであるが、連邦憲法裁判所の判例において初めて「国際法親和性」という用語への言及があったのが、1957年の政教協定判決⁽⁵⁹⁾である。この判決の対象となった事件において、学制について定めたニーダーザクセン州法律と1933年に教皇とドイツライヒとの間で締結された政教協定

(57) これについては、邦語文献では、例えば、酒井啓亘ほか『国際法』（有斐閣、2011年）32-33頁〔寺谷広司執筆部分〕などを参照。Bleckmann 自身による「協力の国際法」の説明として、A. Bleckmann, *Völkerrecht*, 2001, S.237ff. も参照。

(58) Bleckmann, Anm(53), S.139f. なお、国際法親和性原則の直接の根拠条文は、基本法の、25条、59条、100条2項の3箇条に求められている。Siehe ebd., S.141.

(59) BVerfGE 6, 309.

（Konkordat）との抵触が問題となった。連邦憲法裁判所は、「基本法25条に表れた、基本法の国際法親和性」という表現を用いており⁽⁶⁰⁾、早速、国際法親和性を基本法の性格として位置付ける立場を示すとともに、それが基本法25条の条文の中に表れていることも認めている。もっとも、そこでは、国際法親和性が「現に存在する国際法上の条約を、それに対応する法に立法者を拘束することによって維持することまでも求めるものではない」とも述べて⁽⁶¹⁾、制限を課そうとしている点を見逃してはならない。そして、これは、国際法親和性原則の内容にも関わることであるが、基本法25条は、国際法の一般的諸原則に憲法には劣位するが法律には優位する国法体系上の序列を与えつつも、条約にはそのような地位は与えられていないことが強調されている⁽⁶²⁾。また、学説上、二元論の特徴が強く出るこの判決は、連邦憲法裁判所の国際法への懷疑（Völkerrechtsskepsis）をも示す契機となっている可能性を指摘するものもある⁽⁶³⁾。

国際法への懷疑の問題との関連で注目されるのは、1955年のパリ協定判決⁽⁶⁴⁾である。パリ協定判決では、1954年のザール問題について取り決めたパリ協定に関する条約法律⁽⁶⁵⁾の基本法適合性が問題となった。判決において、連邦憲法裁判所は、極端な解釈を採用することによって条約（ないし条約法律）を違憲とするべきではなく、むしろ、ドイツ連邦共和国の政治機関は条約の締結にあたって基本法に一致しない拘束を受ける意図がないのが通常であり、むしろ条約締結にあたり、基本法適合性の審査を行った上で憲法に適合

(60) BVerfGE 6, 3091 (362).

(61) BVerfGE 6, 309 (363).

(62) BVerfGE 6, 309 (363).

(63) F. Schorkopf, Völkerrchtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S.134.

(64) BVerfGE 4, 157.

(65) 「条約法律」とは、条約の締結について立法機関が同意を形式的意味の法律を通じて行う場合の、その形式的意味の法律のことを言う。「条約法律」の意義については、さしあたり、拙稿「グローバル化時代の議会民主政（二）」法学論叢173巻3号（2013年）104頁以下及び118頁註92を参照。

的な解釈・適用を心がけるはずだという。こうして、条約の解釈は国際法上の解釈規則に従うとしつつも、解釈が開かれたものである限り、基本法に適合的な解釈の選択肢を優先させるべきだという、条約（法律）の憲法適合的な解釈の原則を導いている⁽⁶⁶⁾。できるだけ、条約（法律）の違憲無効を避けるという意味では、国際法親和性を見いだせなくはないものの、条約（法律）が基本法に劣位することを前提とした、基本法を頂点とする国内法秩序の維持にむしろ力点を置いた考え方を示していると評価できる側面もある。

以上のように、最初期の判例は、従来を通説の見解である二元論の影響もあってか、国際法親和性を口にしつつも、アンビバレントなものを含んだ面がある。ただし、実際には国際法と国内法が全く無干渉のものではなく、両者の調整が必要なことは認めており、Schorkopf も言うように、それ故、立法者の国際法への絶対的拘束（57年判決）にせよ、国際法の違憲可能性（52年判決）にせよ、二項対立的な処理を控えて、両者を柔軟に対比参照させる手法が採用されていたと説明できるのではないだろうか⁽⁶⁷⁾。他方で、この時代では、1964年の独仏引渡条約判決において、連邦憲法裁判所が、「外在的な法秩序や法の見解への留意（Achtung）をとりわけ求める、国際法親和的な基本的姿勢（Grundhaltung）」を基本法の中に見出していること⁽⁶⁸⁾にも象徴されるように、「留意」にとどまり、具体的な参照・尊重の方法論については十分な議論が及んでいなかったと評価することもできよう。

(66) BVerfGE 4, 157 (168). また、条約（法律）も違憲審査の対象となることを認めつつ、違憲性が認められるとしても国際法上規範内容を遵守する義務がドイツには残ること、ただし、そのような事態を極力避けるべく、違憲判断を回避する義務が生じることを説くものとして、BVerfGE 6, 291も合わせて参照。

(67) Vgl. Schorkopf, Anm(63), S.136. なお、基本法25条により、国際法の一般的諸原則の法律への優位が基礎づけられ、矛盾抵触する法律を排除する（verdrängen）か、国際法適合的な適用を求める効果を有することを強調するもの判例として、BVerfGE 23, 288 (316). があることには注意。

(68) BVerfGE 18, 112 (120). ここでさらに注意しなければならないのが、「留意」の対象が、国際法ではなく、外在的法秩序（*fremde Rechtsordnung*）とされており、外国法やヨーロッパ法への「留意」をも求めるものと解する余地があることである。この点、例えば、国際私法における「本国法」の参照をこの文脈に引きつけて論じるものとして、Knop, Anm(11), S.204f. を参照。

その後、70年代以降、判例における国際法親和性原則の内容の充実化が進んだ。その皮切りとして、Schorkopfが「コペルニクス的転回」とも表現する⁽⁶⁹⁾、1971年のスペイン人決定があげられる。この判決では、婚姻に関する準拠法が問題となり、準拠法となるべきスペイン法の規定が基本法6条1項の婚姻保護規定に反するとされ、これを適用した裁判所の決定を破棄した。そこで連邦憲法裁判所は、基本法の国際法親和的傾向が、国内の当局者による、外在法の無制限な適用の義務を生じさせるものではないことに言及している⁽⁷⁰⁾。「基本権部」としての第一法廷の判断であることから、第二法廷の政教協定判決以下の判決との距離が生じている可能性も否定できないところである⁽⁷¹⁾が、明確に制限の余地を認めたことは重視されるべきである。

70年代以降の新たな傾向、あるいは特徴として、対外権の行使にあたっては政治的形成余地が認められ得ることを前提とした判示が見られることも挙げられている⁽⁷²⁾。また、これとも関わることだが、民主政原理も、ドイツの国際社会への組み込みにあたって考慮要素となることが示されるようになる。これについては、欧州統合の進展によって多岐にわたる国際的規律がなされるようになり、その民主的正統性への疑義が生まれたためであると指摘されている⁽⁷³⁾。さらに、国際法親和性原則の規範内容の実質化・精緻化と意味では、国際法親和性原則に拘わらず、基本法を含む国内法が貫徹される例外的場合がどのような場合かについて具体化が進んだ⁽⁷⁴⁾。具体的には、不可避で不可欠な憲法上の原則についてのみ、ドイツ法の貫徹が許されることを示した、「*ne bis in idem*」決定⁽⁷⁵⁾のほか、立法者が条約の排除の意図を明確にしていない限り、後法優先原則（*lex posterior*-Regel）の適用により条約後に成立した法律によって条約が排除されることはない旨述べた、「無罪推定」

(69) Schorkopf, Anm(63), S.137.

(70) BVerfGE 31, 58 (75f.).

(71) Vgl. Schorkopf, Anm(63), S.138.

(72) Ebd., S.139.

(73) Ebd.

(74) Ebd., S.140.

(75) BVerfGE 75, 1 (17). Siehe auch, Schorkopf, ebd., S.139.

決定⁽⁷⁶⁾などが挙げられている。

1.2.4. 冷戦後の進展する欧州統合の中での展開

先に、1.2.1.に見たように、「開かれた国家」性が基本法に盛り込まれることとなった大きな理由が、被占領下の分断国家にあって、国際法を拠る所に独立を回復し、閉じられた国民国家への依拠が不可能である分、活路を国際社会における活動や欧州統合に見いだすことにあった。そうすると、1989年のベルリンの壁の崩壊に続いて、1991年に再統一を達成し、いわば「国民国家」に復帰したドイツにとって、もはや「開かれた国家」性ないし、国際法親和性原則は無用のものとなる可能性もあった⁽⁷⁷⁾。

しかし、これも、1.2.2.・1.2.3.を通じて見てきたように、「開かれた国家」性ないし国際法親和性原則は、判例・学説において定着を見せており、当初の政治的戦略にとどまらない意義を持つようになっていた。これは、国際法親和性原則が基本法上の「原則 (Grundsatz)」であると明示されたり⁽⁷⁸⁾、欧州法に特化した「欧州法親和性」という語が連邦憲法裁判所判決⁽⁷⁹⁾に登場したりという状況につながった⁽⁸⁰⁾。

ただし、その一方で、再統一やそれにも起因する冷戦の終結は、むしろ、国際社会の協働の強化と欧州統合の進展・加速を生むことになった。そのよ

(76) BVerfGE 74, 358 (370).

(77) Vgl. T. Giegerich, Die Zähmung des Leviathan – Deutschlands unvollendeter Weg vom nationalen Machtstaat zum offenen und europäischen Verfassungsstaat, in: ders (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S.17.

(78) BVerfG, 2 BvR 2115/01 vom 19. 9. 2006, NJW2007, S.500 Rn.43.

(79) BVerfGE 123, 267 (354) [Lissabon]; 126, 286 (303) [Honeywell].

(80) 関連して、Knop, Anm(11), S.25は、冷戦の終結・再統一の達成によって、基本法の適用領域に関する規定であった23条が欧州統合に関する規定に置き換えられたことによって、基本法の開放性や欧州統合にとって大きな前進がみられたことを指摘する。なお、基本法の開放性 (Offenheit) という場合、未決性あるいは、歴史的変化への柔軟な対応可能性という意味で用いられる場合もあることに注意しておく必要がある。後者の意味での開放性については、K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn.19-31 [コンラート・ヘッセ著 (初宿正典・赤坂幸一訳) 『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂, 2006年) 15-19頁 (Rn.19-31)]などを参照。

うな状況の中で、基本法に変わる新憲法の制定の道を取らなかったことも手伝って、「開かれた国家」性ないし国際法親和性原則は放棄されることなく、むしろ強化されるに至った⁽⁸¹⁾。もっとも、国際社会の協働の強化と欧州統合の進展・加速は、憲法上の原則も含む国内法上のルールと国際法との軋轢も生み出すことになる⁽⁸²⁾。このような軋轢ないしある種の緊張関係は、国際法親和性原則の規範内容の精緻化と場合によっては限界づけを生むことになったのである⁽⁸³⁾。ただし、そこでの議論は、現在における国際法親和性原則の具体的内容を写すものであり、詳細は、1.5.で述べることにしたい。

1.2.5. まとめ

以上見てきたように、国際法親和性原則とは、ヴァイマル憲法以前からの連続性も認められるものの、第二次大戦後のドイツが置かれた特殊な状況のもとで、基本法の制定過程において生じた「開かれた国家」性概念から発展したものであるということが出来る。現在では、連邦憲法裁判所の判例や学説において広い定着が見られるのもまた事実である。しかしながら、グローバル化の進展の中で、国内法秩序と国際的な法秩序の間の軋轢が生じているのも確かであり、国際法親和性原則の限界づけが論じられているのであるが、そもそもの規範内容や根拠についても、なお論ずべきものが残っている⁽⁸⁴⁾。

そこで、以下では、若干の概念整理を行った上で、根拠論、限界論を含む具体的内容について、順に論じていくことにしたい。

(81) Ebd., S.17f. 加えて、NATOにおいては、他の加盟国によって、領土の保全を保障される存在から、NATOの中心メンバーとして、安全保障を提供するアクターへと転じたことも大きな変化であると言える。Siehe A. Paulus, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der politischen Praxis der deutschen Exekutive und Legislative, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S.74ff.

(82) 欧州人権法と基本法の基本権保障との間で緊張関係が生じうることを示した例として、連邦憲法裁判所判決 (BVerfG 101, 361) の判断を欧州人権裁判所が覆した、Caroline 判決 (EGMR, 24. 06. 2004-Nr. 59320/00) が挙げられる。さらに、コソボ空爆やイラク戦争のように、国際法と国際協力に緊張関係が生じるような場合も見受けられるようになったことについて、Paulus, ebd., S.75が指摘している。

(83) Siehe, BVerfGE 111, 307 [Görgülü].

(84) Siehe, Knop, Anm(11), S.186.

1.3. 概念整理：「開かれた国家」性と国際法親和性の異同

前節では、「開かれた国家」性と国際法親和性（原則）というものについて、基本的に互換性のあるものとして扱ってきた。ドイツにおいてもそれがむしろ一般的であることも既に触れたとおりであるし、様々な用語の使用による混乱と相互の分離の曖昧さが指摘されている⁽⁸⁵⁾。それでも、これらの概念整理を図る議論もないわけではない。

Tomuschat は、連邦憲法裁判所において用いられる⁽⁸⁶⁾「国際的開放性（international Offenheit）」（さしあたって、これを「開かれた国家」性と同義に考えて良さそうである）について、国際的共同体の秩序枠組への編入に資する形で、主権に依拠した国家の権力の排他性を放棄することと定義付けつつ⁽⁸⁷⁾、国際法親和性を国内の法領域において国際法上の規律の遵守を要求し、あるいは遵守を容易にすることを目標とした指導原理（Leitmaxime）の意味においてのみ理解すべきだとしている⁽⁸⁸⁾。

このような Tomuschat の議論と基本的な考え方は共有しつつ、より精緻な整理を提示しているのが、Knop の議論である。Knop によれば、「開かれた国家」性とは、国家の共同体への統合にとっての出発点となるものである。言い換えれば、「開かれた国家」性は、基本法 1 条 2 項、9 条 2 項、23 条乃至 26 条、そして 59 条 2 項といった憲法規定の中に示された基本的立場あるいは考え方なのである⁽⁸⁹⁾。そして、その内容として、国際的な親和性とその特殊形態としての欧州への親和性⁽⁹⁰⁾というものがあるという⁽⁹¹⁾。さらに、このよ

(85) Ebd., S.188f. なお、Häberle によって、この他に「協調国家（Kooperativer Staat）」という概念が提案された（P. Häberle, Diskussionsbeitrag, VVDStRL Bd.36, 1977, S.129f.）が、のちに、Häberle も「開かれた国家」という語を用いるようになったことについて、K. Vogel, Wortbruch im Verfassungsrecht, JZ 1997, S.163を参照。

(86) Siehe, Knop ebd., S.190.

(87) Tomuschat, Anm(13), Rn.9.

(88) Ebd., Rn.9.

(89) 以上について、Knop, Anm(11), S.189参照。

(90) Ebd., S.191f. は、欧州連合（EU）の文脈に特化した形で、開かれた国家性と欧州への親和性に対応するものとして、統合への開放性（Integrationsoffenheit）と統合親和性（Integrationsfreundlichkeit）という語が用いられているとする。

(91) Ebd., S.197.

うな基本的な立場を反映し、法原則として規範的な帰結を伴うものが、それぞれ、国際的親和性と欧州への親和性に対応する形で、国際法親和性と欧州法親和性と呼ばれることになるのである⁽⁹²⁾。

すなわち、Tomuschat と Knop の二人とも「開かれた国家」性や「開放性」について、政治的な基本的立場の決定（の結果）と考えているのであり、そのような決定から帰結される法的な効果を伴うものが、「国際法親和性原則」（や欧州法親和性原則）なのである。なお、厳密には Tomuschat は「国際法親和性原則」の定義づけではなく、「国際法親和性」の「開放性」との比較を行っていることには留意しておかなければならない⁽⁹³⁾が、広く基本的な決定を示す概念と、その反映としての性格を持つ一定の規範的内容を伴う概念とに分けているということができよう。

このような区別は、整理以上の意味は持たないかもしれないが、用語法の錯綜を許すよりは、整理がついている方が良い。しかも、比較的明瞭な線引きができており、正確な理解のためには一貫性のある概念整理が必要なこと⁽⁹⁴⁾に鑑みるならば、（より精緻という意味で、Tomuschat よりもさらに）Knop の議論は基本的に支持できるものであると言える。

1.4. 国際法親和性原則の根拠

1.4.1. 総説

ここまで述べてきたところからも明らかになっているようにも思われるが、基本法において、国際法親和性原則について明示的に規定した条文は存在しない。それでいて、憲法上の原則とも言われる国際法親和性原則⁽⁹⁵⁾は、どのように根拠づけられ、あるいは導出されるのであろうか。

⁽⁹²⁾ Ebd., S.192 u. 198.

⁽⁹³⁾ Siehe, *Tomuschat*, Anm(13), Rn.9.

⁽⁹⁴⁾ この点について、*Knop*, Anm(11), S.197で Knop が強調している。

⁽⁹⁵⁾ BVerfG, 2 BvR 2115/01 vom 19.9.2006, NJW 2007, S.500 Rn.43.

1.4.1.1. 判 例

この点、連邦憲法裁判所の判例においては、幾つかの個別条文からその背後にある書かれざる基本法上の原則として抽出する手法がとられている。連邦憲法裁判所は、最初期においては主に基本法25条に依拠していた⁽⁹⁶⁾が、援用される条文は広がりを見せており、ここでは、国際法親和性原則についての判例の到達点を示しつつ、その限界にも言及するなど、ターニングポイントとなった判例であると言われる⁽⁹⁷⁾、Görgülü 判決に即して判例の論理を追ってみることにしたい。ドイツの国内裁判における欧州人権裁判所の判決の「考慮」が問題となった、この事件において、欧州人権条約そして欧州人権裁判所の判決の国内における効果・効力が論じられた。その中で、国際法一般に関する、国際法親和性原則あるいは基本法の国際法親和性についての言及がなされたのであるが、国際法親和性を示す条文として、以下のものを列挙している。すなわち、基本法が、ドイツの公権力を国際的協働 (24条)あるいは欧州統合 (23条)へとプログラムとして方向付けていること、国際法の一般的諸原則を通常法律に優先させていること (25条2項)、国際条約について59条2項を通じて国内の権力分立構造の中に基礎づけていること、集団安全保障体制への加盟の可能性を認めている (24条2項) こと、国際裁判による国際紛争の平和的解決を命じている (24条3項) こと、そして、平和の破壊、とりわけ侵略戦争を憲法違反と位置付けている (26条) ことが指摘されるのである⁽⁹⁸⁾。このような条文の複合体 (Komplex) によって、ドイツ憲法は、前文にも依りながら、平和を志向する国際法秩序の、平和的で (他国と) 対等な参加者としてドイツ連邦共和国を位置付けようとしているという⁽⁹⁹⁾。こういった条文の列挙から、基本法全体としての一般的な傾向といったものを見て取ることはできるとしても、次節で見るとような具体的な規範内容が導きうるのかは大いに疑問のあるところだが、判例による一般的な基礎づけは

(96) Siehe BVerfGE 6, 309 (362).

(97) z.B. Payandeh, Anm(10), S.465f.; Schorkopf, Anm(63), S.142.

(98) BVerfGE 111, 307 (318).

(99) BVerfGE 111, 307 (318).

このようなものである⁽¹⁰⁰⁾。

1.4.1.2. 一般的な学説

それでは、学説はどうであろうか。実質的な根拠づけとして、先にも触れたような、Bleckmannによる「協力の国際法」の発展を挙げて議論を展開するものがないわけではない⁽¹⁰¹⁾。しかし、とりわけ条文上の根拠づけという点では、指摘される条文には論者によって若干の差異があるものの、基本的には判例と同様、前文、1条、16条、23条ないし26条、59条2項といった条文をあげて、これらの条文を踏まえて、体系的に、憲法上の原則であるとか憲法原理として国際法親和性原則が基礎づけられるというのが通常である⁽¹⁰²⁾。

1.4.2. 近時の学説による詳細な検討

もっとも、最近ではPayandeh⁽¹⁰³⁾とKnop⁽¹⁰⁴⁾という二人の論者が、「書かれざる（ungeschriebene）憲法原理」あるいは「書かれざる憲法上の原則」という形で憲法原理ないし憲法上の原則⁽¹⁰⁵⁾としての国際法親和性（原則）を基礎づけようとする議論を続けて公にした。

⁽¹⁰⁰⁾ 原則（Grundsatz）と明確に表現した、BVerfG, 2 BvR 2115/01 vom 19. 9. 2006, NJW 2007, S.500ff. Rn.43 u. 58でも、基本法23条ないし26条、1条2項及び16条2項、そして20条3項とともに59条2項が挙げられている。後二者が挙げられているのは、外国人の領事通報権という人権が問題となった事案だからである。このように、個別事案に即して引用されるという意味では、一定の補充がなされていると見ることができないわけではない。

⁽¹⁰¹⁾ Bleckmann, Anm(53), S.139.

⁽¹⁰²⁾ z.B. Vogel, Anm(28), S.46 [主として24条に着目するが、ここでは、24条ないし26条を挙げる]; Bleckmann, Anm(43), S.309 [24条ないし26条と59条を挙げる]; ders., Anm(53), S.137ff. [23条ないし26条に言及]; Tomuschat, Anm(13), Rn.3 [23条ないし26条を挙げる]; H. Sauer, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, ZaöRV 65, 2005, S.46f. [1条2項と23条ないし26条に言及]; K-P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, AöR 1989, S.414ff. [1条2項、9条2項、24条ないし26条、59条、79条1項を挙げる].

⁽¹⁰³⁾ Payandeh, Anm(10), S.468f..

⁽¹⁰⁴⁾ Knop, Anm(11), u.a. S.72ff..

⁽¹⁰⁵⁾ なお、Knop, ebd., S.83は、この文脈での法原理(Rechtsprinzipien)と法原則(Rechtsgrundsätze)という用語の違いに意味はないとしている。Siehe, auch z.B. U. Penski, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, S.105.

1.4.2.1. 書かれざる憲法原則の抽出方法

(1) Payandeh

このうち Payandeh は、書かれざる憲法原理自体がどのようなものかという点には踏み込んでいない。彼は、法治国原理という根本的なものも含めて実際に、書かれざる憲法原理が、関連規定の総体を中心とする基本法の体系的な理解から導出されていることを指摘する⁽¹⁰⁶⁾。そして、国際法親和性という憲法原理も、連邦共和国を国際的共同体へと結いつける、基本法の各個別条文が、基本法に通底する国際法親和性の指導的理念の表れとして把握できるのであれば、認められるのだという⁽¹⁰⁷⁾。このような前提を確認した上で、個別の条文の規範内容を確認する作業に移るのである。

(2) Knop

他方、Knop は、博士論文としてのモノグラフィーであるということも手伝って、「書かれざる憲法」、「憲法上の原則」について丁寧に検討を加えている。

そこでは、まず、「書かれざる憲法」について、憲法規範は憲法典に明記されたものに限定されるものではないが、書かれざるものというのは、反面その内容をいかようにも説明することが可能であり、憲法の優位、とりわけ憲法典を定めることの意義を失わせる、ある種の「魔法の言葉」になってしまいかねない危険性があることが指摘される。そこで、「書かれざる憲法」は、「書かれた憲法」すなわち、憲法典の規定に緊密に結びつけられている必要があるし、「書かれた憲法」は「書かれざる憲法」に優先し、とりわけ憲法上の原則、すなわち、基本法79条3項の改正禁止事項に該当する制限を超えることはできないのである。ただし、緊密に憲法典に結びつけられるものであり、あくまで憲法規範なのであるから、書かれざる憲法の変更のためには、憲法改正による必要があることに注意しておく必要がある。こうして、Knop においても、憲法典の条文との結びつきが重視されるため、関連する

⁽¹⁰⁶⁾ Payandeh, Anm(10), S.468f.

⁽¹⁰⁷⁾ Ebd., S.469.

基本法条項の丁寧な検討が必要となるのである。

次に、「憲法上の原則」とは何かという点についてである。この点、Knop は、前掲註(105)でも触れたように法原則(Rechtsgrundsätze)と法原理(Rechtsprinzipien)と同義であるとした上で⁽¹⁰⁸⁾、Dworkin や Alexy の原理と規則の対比にも触れつつ、それでいて、結論としては、法原則は法規則(Rechtsregeln)との対比において抽象的なものであるところに差異があるに過ぎず、いずれも法的拘束力を持つ、法規範であると位置付けている⁽¹⁰⁹⁾。問題は、法規範であるとして、法規則の一種であるところの憲法上の原則はどのような性質・効力を持つことになるかである。

この問いに Knop は次のように答える。すなわち、法原則は抽象的なものであり、法規則や判例を通じた具体化を必要とするため、その効力や国法体系における序列は、具体化する法規則によることになる⁽¹¹⁰⁾。したがって、憲法上の原則と言えるためには、憲法規定という憲法レベルの法規則による基礎づけが必要となる⁽¹¹¹⁾。各憲法規定の相関関係の中で、個別の要件や効果は異なる様々な憲法規定に通底する、法の意図するもの(*ratio legis*)⁽¹¹²⁾や憲法制定者の政治的な構想を抽出することによって、憲法上の法原則の内容が解明されるのである⁽¹¹³⁾。このような憲法上の法原則の抽出は、法学方法論によって承認された解釈方法に則って説得的に行われる必要がある⁽¹¹⁴⁾し、憲法の個別規定レベルの効果・地位を有することになるので、当然ながら制憲者の明示的な意思に反することは許されず⁽¹¹⁵⁾、改正限界にも服することになる⁽¹¹⁶⁾。また、この憲法上の法原則は、それが抽出される元となる憲法規定の性質に

⁽¹⁰⁸⁾ Siehe, auch Knop, Anm(11), S.92f.

⁽¹⁰⁹⁾ Ebd., S.89ff.

⁽¹¹⁰⁾ Ebd., S.89.

⁽¹¹¹⁾ Ebd., S.91.

⁽¹¹²⁾ Payandeh, Anm(10), S.469も *ratio legis* の抽出によって、書かれざる憲法原理の内容の特定を行われるべきことを説く。

⁽¹¹³⁾ Knop, Anm(11), S.90 u. 96f.

⁽¹¹⁴⁾ Ebd., S.91.

⁽¹¹⁵⁾ Ebd., S.97f.

⁽¹¹⁶⁾ Ebd., S.93.

応じて、主観的権利に限定されず、客観法的性格を持つこともある⁽¹¹⁷⁾。こうして、憲法上の法原則という意味からも、個別の憲法規範の規範内容を丁寧に確認することが要求されることになる。

1.4.2.2. 書かれざる憲法原則としての国際法親和性原則の抽出

前節でみたところに従えば、Payandeh にしても、Knop にしても、結局、個別の憲法規定がどのような規定内容を持っているかを詳らかにし、その相關関係の中で説得的に、それらに通底する法（この場合は基本法という実定憲法）の意図するところ（*ratio legis*）を示す作業が重要になってくる。そこで、以下では、やや簡潔なものとはなるが、両者による作業を追いかけてみることにしたい。

(1) Payandeh

Payandeh は、関連する基本法の個別条文について、①国際法のドイツの国内法領域への取り込みに関する条文、②制度化された国際的協働への憲法上の決定に関する条文、③国際法の実体的な内容の憲法による受容を示す条文と、その性質・内容によって3つの種類に分けた上で検討している。

まず、①には、基本法の25条と59条2項、そして100条2項が含まれる。なんらの国家行為を要求しない（25条）か、立法者による決定を要求する（59条2項）かという違いを持つものの⁽¹¹⁸⁾、Payandeh に言わせれば、前二者の条文は、国際法を国家間の関係を規律するに尽きる法規範と考える従来の国際法理解から脱却し、国際法からの直接的な権利・義務の抽出可能性も認めたものである⁽¹¹⁹⁾。すなわち、広く国際法の国内法領域への取り込みに道を開いた条文であると理解されることになる。そして、基本法は、単なる国際法の取り込みを規定するにとどめず、100条2項において、国際法が連邦法の一部をなすか、個人に直接権利・義務を発生させるものかを確認する権限を連

⁽¹¹⁷⁾ Ebd., S.91.

⁽¹¹⁸⁾ Payandeh, Anm(10), S.472.

⁽¹¹⁹⁾ Ebd., S.473f. u. 481

邦憲法裁判所に付与している。これは、憲法裁判において、国際法の国内における貫徹を可能にしていると評価されるのである⁽¹²⁰⁾。

続いて②には、24条各項、23条、そして16条2項後段が含まれる。まず、24条1項は、国際機関への高権移譲の可能性に言及するものであり、国際的な協働への強いコミットメントを支持するものであると評価できるし、国内の法領域を対外的に開かれたものにする契機となる⁽¹²¹⁾。同条2項は必ずしも国際機関という形態をとるわけではないだろうが、その特殊な形態として、集団安全保障体制へのドイツの参加を謳っており、これは実際にNATOへの加盟を基礎付けるものであった⁽¹²²⁾。さらに、同条3項は、国際紛争の平和的な司法的解決へのコミットメントを規定するものであって、国際的な法の支配への支持を示すものであって、国際法への親和性を表す重要な規定と位置付けられる⁽¹²³⁾。23条は、国際機関の特殊形態として、より緊密な協働を実践する欧州連合（EU）への参加を規定する、24条1項にとってのある種の特別規定のようなものである。また最後に、16条2項後段は、かつてはそれだけで同条同項を形成してきた、同条同項前段の示すドイツ人の不引渡の原則を破って、EU加盟国や、適切な国際裁判所——ここで主として引渡し先と想定されているのは国際刑事裁判所である——に対して、引渡の道を開くものであり、これも国際的な法の支配へのコミットメントの表れであり、国際法との特別な親和性を示す⁽¹²⁴⁾。

最後に、③には基本法26条の平和条項や1条2項における人権の承認といったものが該当する。まず、26条は、侵略の禁止を具体化した規定であり、国際連合憲章2条4項の武力行使禁止原則に資するものであるし、国連憲章そのものを国内法領域に取り込むといった条文ではないが、その実体的な内

⁽¹²⁰⁾ Ebd, S.475.

⁽¹²¹⁾ Ebd, S.476.

⁽¹²²⁾ Ebd, S.476f.

⁽¹²³⁾ Ebd, S.477.

⁽¹²⁴⁾ Ebd, S.478.

容を憲法において示した条文であると評価される⁽¹²⁵⁾。次に、1条2項は、人権を人間社会の基礎として承認している。これには国際法上保護の対象となる人権への着目という意味があり、もっとも人権条約等の個別の規定を全て憲法レベルの規範として取り込むことを意味する必然性はないものの、国際的な人権も含めた人権保障の核心をドイツの国法体系において、憲法改正権者によっても改変できないものとして取り込んだものであり、実体的な取り込み規定と位置付けられるのである⁽¹²⁶⁾。

以上のような、条文への言及・検討を通じて、Payandeh は、個々の条文の背後に、基本法を国際法に従属させるのではないが、国内の法状況を連邦共和国の国際法上の義務に同期させようという、法の意図 (*ratio legis*) を読み取っている⁽¹²⁷⁾。

(2) Knop

続いて、Knop である。Knop は、個別の条文の内容を検討し、法の意図 (*ratio legis*) を抽出した上で、国際法親和性原則の内容の確定に導く作業だけでも、紙数にして実に80頁を超える重厚な検討を施しており、ここでそれを詳細に紹介・検討することは却って混乱を招くこととなろう。そこで、以下ではかなりの程度において簡略化した素描にならざるをえないことを断った上で、Knop の議論を紹介することにしよう。

議論の構成は、Payandeh のそれに非常に似たものとなるが、各条文から読み取られる国際法親和性に関連する基本法の特徴を、Knop は次の4つにまとめる。すなわち、①国家目標としての国際的親和性 (*internationale Freundlichkeit*)、②国家の憲法上の義務としてのヨーロッパ親和性、③憲法の超国家法への志向性、④国際法・欧州法への親和性の条件としての統合責任である。それでは、まず、これら4つの内容を簡単に確認する作業から始めていくこととしよう。

⁽¹²⁵⁾ Ebd, S.479.

⁽¹²⁶⁾ Ebd, S.480f..

⁽¹²⁷⁾ Ebd, S.481.

①に関して、まず、Knop は憲法規範を、規律の密度を手掛かりとして規範としての拘束力の強弱によって分類し、規範内容の具体性が低く、規範としての拘束力も弱いものとなるもののうち、国家の構造を決定するような性格を持つものではなく⁽¹²⁸⁾、国家としての目標・方向性に関わるものを国家目標と整理する⁽¹²⁹⁾。

このような整理を前提とした上で、Knop は、基本法前文が、ドイツが統合された欧州の一員となること、そして世界平和に貢献することを憲法制定の動機として掲げていることに注目する。これは、基本法が、国際的あるいは欧州規模での協働や統合に対して開かれた性格を有することを示すとともに、具体的な方法については指示することなく、抽象的にドイツの国家の目標として国際的親和性を掲げたものであると理解できる⁽¹³⁰⁾。これを具体化するのが、23条以下の条文である。23条1項においても、冒頭で統一欧州の実現を目標に据えるが、その手段としてEUへの加盟を挙げているし、同項の後半部分も含めて、23条各号は、欧州統合実現のために、ドイツの国家機関に与えられた権限、あるいは制約について詳細に規定している⁽¹³¹⁾。他方、24条も欧州統合に限定されない一般的規定として存在している。24条1項は、国際機関への高権移譲が可能であると規定しているが、あくまで「できる」という規定であり、立法者以下の国家機関に判断余地を認めるものである。しかも、どのような国際機関にどういった高権を移譲できるのかについては触れるところがない⁽¹³²⁾。これに対して、24条3項は、国際裁判の枠組みへの参加という任務を与えているし、同条2項も、「できる」規定ではあるが、後段の規定ふりと合わせて見たときに、集団安全保障体制参加へと方向づける

(128) なお、Knop は、国家目標規定と国家構造原理 (Staatsstrukturprinzipien) との区別にあたって、国家構造原理には、形式的な規定内容を超えた規律内容を伴う、補完的性質 (Komplementarität) があるが、国家目標規定にはそれが欠けるという差異の存在についても強調している。Siehe, Knop, Anm(11), S.109f.

(129) Ebd., S.104ff.

(130) Ebd., S.110.

(131) Ebd., S.110f..

(132) Ebd., S.110f..

規定であり、いずれも命令的な規定であると Knop は評価する⁽¹³³⁾。このような評価をもとに、Knop は、前文と24条1項について、憲法上の義務や憲法上の任務づけを欠く、目標設定を行っただけの条文であるとし、国際的親和性を内容とする国家目標規定であると評価するのであった。

続いて、②についてである。ここで焦点を当てられているのは、基本法23条とりわけその1項である。ここで、Knop は23条1項を国家機関の憲法上の義務 (Verfassungspflicht) を規定するものと結論付けるのであるが、その前提として、憲法上の義務を既出の国家目標や国家の任務 (Staatsaufträgen) から区別する作業を行っている。先ほど、国家目標としての国際的親和性について述べた際に触れたとおり、国家目標規定との差異は、規範内容の具体性に大きな違いがあるわけだが、国家の任務規定は一定の具体的命令内容を持つものであり、その意味では憲法上の義務との重複が見られるという。ただし、国家の任務の場合は、ある程度特定された行動をとることが求められ、一度その行動を取ってしまえばそれに尽きてしまう傾向があり、また立法者に向けられる場合が多いのに対して、憲法上の義務は、立法府に限られない国家機関一般を名宛人として、国家機関に一定の裁量・判断余地も与えつつ、継続的な措置・対応を求められるものであるのが一般であるという⁽¹³⁴⁾。

このような概念整理を踏まえた上で、Knop は、23条1項においては、具体的な時期や行為を示すことのない単なる国家目標を超えて、ドイツの国家機関がどのような場合にどのように関与するかが比較的詳細に述べられているし、とりわけ EU への参加について、国家構造保護のための条文が詳細に規定されていることから、24条1項の場合と異なり、その点においてドイツに決定の余地が残されていないと指摘する⁽¹³⁵⁾。また、23条1項は欧州統合の発展を予定しており、政治的な形成余地を残しつつ、継続性のある対応を求めているとして、国家の任務規定ではなく、憲法上の義務であることを示唆

(133) Ebd., S.111.

(134) Ebd., S.114f. このような説明ぶりからも、国家の任務と憲法上の義務の区別の相対性がうかがわれるところではある。

(135) Ebd., S.116f.

する⁽¹³⁶⁾。加えて、23条1項は、79条3項にも言及しており、ドイツの国家性が欧州統合によって崩されないよう、実質的な国家性の保障も行うという形で義務づけを行う規定でもある⁽¹³⁷⁾。23条1項に続く2項ないし7項は、各国家機関の欧州統合への関与権限を確認しているが、23条1項も含めてこれらは、従来の国家構造を変更するものではなく、従来の国家構造を保護するものであると評価している⁽¹³⁸⁾。このようにして、Knopは23条1項に現れた欧州法への親和性を憲法上の義務として整理するのである。なお、この義務は、基本的には客観法としての性格を有するものであり、直接国民個人の主観的権利や地位を基礎付けるものでないことについても指摘している⁽¹³⁹⁾。

次に、同じく基本法23条が問題となっているので、順番は前後することになるが、先に「④国際法あるいは欧州法親和性の条件としての統合責任」の問題について述べておくことにしたい。ここにいう統合責任とは、連邦憲法裁判所のリスボン条約判決⁽¹⁴⁰⁾によって言及された概念であり、欧州統合に対して連邦議会を中心とする各国家機関が有する責任のことを指す⁽¹⁴¹⁾ものとして現在連邦憲法裁判所の判例において定着している。先にも少し示唆したように、欧州統合はドイツにとっての目標でありながら、だからと言ってそれによってドイツの国家構造が変更されるのを許すものではない⁽¹⁴²⁾。基本法のもとでのドイツの国家構造を維持しつつ、欧州統合を実現していく責任が、ドイツの国家機関には課されるわけである⁽¹⁴³⁾。そして、Knopに言わせれば、統合への参加を基礎付けるとともに、国内憲法のアイデンティティ保護を通じて統合を限界づけるものであって、統合過程への参入の前提をなすものな

⁽¹³⁶⁾ Ebd., S.117.

⁽¹³⁷⁾ Ebd., S.118ff..

⁽¹³⁸⁾ Ebd., S.123.

⁽¹³⁹⁾ Ebd., S.125.

⁽¹⁴⁰⁾ BVerfGE 123, 267 (351).

⁽¹⁴¹⁾ これについては、邦語文献ではさしあたり、国立国会図書館調査及び立法考査局『平成26年度国際政策セミナー報告書 国会による行政統制——ドイツの「議会留保」をめぐる憲法理論と実務』（2015年）35頁などを参照。

⁽¹⁴²⁾ Siehe, Anm(137).

⁽¹⁴³⁾ Knop, Anm(11), S.179.

ので、国際法や欧州法との親和性との間では、特殊な相互作用を及ぼす関係にある⁽¹⁴⁴⁾。これを具体的に規定する条文が、23条の各条項であり⁽¹⁴⁵⁾、その名宛人はすべての憲法機関であるという。

最後に、③憲法の超国家法への志向性について述べておこう。Knop 自身は、この項目に最も多くの紙幅を割いているのであるが、要は、基本法25条や59条2項などの、国際法や欧州法の国内法領域への取り込みに関する基本法の規定を分析している。ここでは、国際法や欧州法などの超国家法について、類型ごとに、国内効力付与の条件や国法秩序における序列の問題、国内における適用可能性がどのようなものと解されるかについて、関連条項の解釈問題としてアプローチしている。

なお、先に述べたように、書かれざる憲法上の原則の内容は個別の規定の解釈から、その背後にある法の意図を探ることによって抽出されるが、個別規定の解釈は、書かれざる憲法上の原則に照らしてなされることもあり、相互作用するものであるので、具体的な個別条文の解釈は、書かれざる憲法上の原則の内容解明との境界が不明になる。実際、Knop 自身が国際法親和性原則の内容としてまとめるどころと、ここでの個別条文の解釈の結果として述べるところには重複も見られるところである。そこで、以下では、多少 Knop の与えたニュアンスを崩してしまう可能性はあるが、後の検討との重複と混線を防ぐためにも、要点のみを簡潔に指摘することにした⁽¹⁴⁶⁾。

まず、各条文について共通して Knop が指摘するのが、かつての見解はともかく、近時むしろ一般的な見解を前提とすると、25条にせよ、59条2項にせよ、国際法が国内効力を獲得する条件について述べたものであり、国内における直接適用可能性について触れるものではないということである⁽¹⁴⁷⁾。こ

⁽¹⁴⁴⁾ Ebd., S.180f.

⁽¹⁴⁵⁾ Ebd., S.178.

⁽¹⁴⁶⁾ また、欧州法の問題も広い意味で国際法親和性原則に関わるものであり、ここまでもまた、これ以降も適宜言及するが、本稿の直接の検討対象は、(欧州法の問題を除いた)狭い意味での国際法親和性原則であり、欧州法の国内効力・国法上の序列等に関わる論点については、紹介を割愛する。

⁽¹⁴⁷⁾ Knop, Anm(11), S.134を参照。国際法の一般的諸原則については明示的に述べないが、

うして、基本的にここでの関心は、国内効力の問題となるが、国内効力の問題を論ずるに当たって、その前提問題として論じられることの多い、国際法・国内法の一元論・二元論の議論についても、現在では、いずれの学説も極端な見解を避け合一化傾向が見られること、また、基本法25条及び59条2項はいずれの見解からも説明可能な条文であることから、国際法親和性原則との関係においては、一元論・二元論の問題は大きなものとならないことが述べられる⁽¹⁴⁸⁾。実施理論と変型理論の対立⁽¹⁴⁹⁾についても、判例も立場を明瞭にしておらず、いずれの解釈も可能であって、これも国際法親和性原則との関係で問題となるものではないとする⁽¹⁵⁰⁾。

重要なのは、まず、25条に基づいて、慣習国際法や国際法上の一般原則をその内容とする、国際法の一般的諸原則については、国際法上成立してればそれ以上の行為を介在させず、国内効力も認められることになること⁽¹⁵¹⁾、また、その具体的内容によっては、直接に国民の権利義務関係を規律しうることが認められており、連邦憲法裁判所の判例はこれを根拠に、抵触する国内法の一般的諸原則への適合的解釈を要求していることが指摘される⁽¹⁵²⁾。序列の問題について、25条後段は通常法律への優位を説くものの、これは適用における優位であり、抵触する法律を無効にするような効力は持たないことを指摘する⁽¹⁵³⁾とともに、ここから基本法への優位を説くことはできず、また、基本法上の基本的な決定に基づく制約が働きうることについても強調してい

ebd., S.131であくまで、個別の市民が主観的権利を導き出しうる（können）としており、本文のような考え方が前提となっていると思われる。25条の解釈として本文のような旨を明確に述べるものとして、例えば、*O. Rojahn*, Art.25, in: von *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Rn.46などをあげることができる。

(148) *Knop*, ebd., S.160ff.

(149) これについては、さしあたり、拙稿・前掲註(65)106-107頁を参照。

(150) ただし、条約については、判例（BVerfGE 128, 326 [367]）について変型理論を採用していると読むことが困難になっており、判例は実施理論の採用に至っていると指摘する。
Knop, ebd., S.138.

(151) Ebd., S.127.

(152) Ebd., S.131.

(153) Ebd., S.129.

る⁽¹⁵⁴⁾。

続いて、59条2項に関して、条約の序列問題について、「合意は拘束する *pacta sunt servanda*」という国際法の一般的諸原則を介することによって、通常法律に優位させる見解もないわけではないが、これは、国家の主権の理解には適合的ではないとする⁽¹⁵⁵⁾。一方、連邦憲法裁判所の判例が、条約（あるいはそれに対応する実施命令）は立法者を拘束しないと基本法は理解している旨述べ、条約法律に対応した序列に位置付けられると結論づけている⁽¹⁵⁶⁾。

さらに注意しなければならないのが、Knop が、国際機関の法という項目を設けて、24条を巡る議論を別途展開していることである⁽¹⁵⁷⁾。24条に基づく高権移譲は、条約によってなされることになり、59条2項に則って、条約法律という形式的法律を通じて実現されることになる。したがって、79条2項や3項によって立法者に課された制約を受けることになるが、条約として国内効力を手にすることになるし、前法後法関係による適用優位の範囲内ではあるが、通常法律の効果を排する効力も持ちうるものが指摘されている⁽¹⁵⁸⁾。

以上のような検討を通じて、Knop は、法の意図として、外在的法秩序である国際法や欧州法について、それが異なる法体系であることは認めた上で、それでも伝統的な考え方のように外在法と国内法の関係をピラミッド構造で理解するのではなく、並存し、互いに結合させ調整していくべきものと捉えており、ドイツの国家機関には、外在法に対して注意を向けるとともに、国内法領域においてそれをできるだけ貫徹できるように、調整を促そうとする、基本法の「法の意図」を読み取る⁽¹⁵⁹⁾。もう少し具体的には、基本法25条や59条2項、そして24条から、憲法制定者には、国際法上の義務を、国内におい

(154) Ebd., S.133.

(155) Ebd., S.135.

(156) Ebd., S.135f. 人権条約の特殊性についても言及する (ebd., S.139ff.) が、これは、のちの国際法親和性原則の内容に関する項目において、国際法親和性原則の特殊形態の問題として扱う。

(157) Ebd., S.143ff.

(158) Ebd., S.150.

(159) Ebd., S.181.

とできるだけ実行的に実施しようという意図があることが読み取れるという⁽¹⁶⁰⁾。ただし、このような意図から導かれる憲法上の原則については、基本法20条3項及び79条3項からの制限がかかるのだとも述べている⁽¹⁶¹⁾。このようにして、各個別条文の検討を通じて、上記のような内容の国際法親和性原則を基礎づけている。

1.4.3. まとめ

本節で、縷々見てみたように、判例や学説は一般的に、前文や23条ないし26条、59条2項などの基本法の個別条項から、国際法親和性原則を導いているのであるが、どうして、また、具体的にどのような内容の原則が導かれるかという点については十分に示してきたとはいいがたい状況にあった。この点、近時の学説では、「書かれざる憲法原理」ないし「書かれざる憲法上の原則」を、個別の明文規定から抽出する作業として説明するものが現れている。この説明方法について、やや立ち入って、紹介と検討を行ってきた。そこでは、従来に比べれば、十分に丁寧な説明が施されているが、結局、個別条文の解釈なのか、国際法親和性原則の内容を先取りして個別条文を無理からに解釈し、それを国際法親和性原則の内容把握に還元させるマッチ・ポンプではないかと疑われる側面もないわけではない。ただ、その検証作業は、結局、国際法親和性原則の規範的内容としてどのようなものが理解されているかを明らかにする中で、規範内容設定の妥当性を確認する作業と重なることが多い。そこで、この問題については、次節において国際法親和性原則の具体的内容について検討する際に留意することにした。

⁽¹⁶⁰⁾ Ebd., S.184.

⁽¹⁶¹⁾ Ebd., S.185.